

“EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO”

Capítulo Colombia
Dr. Sergio Eduardo Puyana Paz
Miembro del Colegio Colombiano de Abogados del Trabajo

“¡Igualdad! Santo derecho de la igualdad, justicia que estribas en esto, y en dar a cada uno lo que es suyo...”

Camilo Torres

INTRODUCCION

He tenido la honrosa designación y caro compromiso por parte del Colegio Colombiano de Abogados del Trabajo, para colaborar en la elaboración de las respuestas al cuestionario relativo a **“El papel de la Jurisprudencia en la lucha contra la discriminación en el empleo”**.

Antes de contestar a cada una de las preguntas que componen el cuestionario mencionado, debemos evocar a nuestro prócer **“Camilo Torres”** quien junto con otros grandes hombres, encarnó en nuestra independencia, la conciencia jurídica de Colombia, y es para éste tema, que traemos a colación el famoso documento denominado **“Memorial de Agravios”**, como aquel texto que en su condición de “asesor” del “Cabildo Abierto” de Santa Fe, le correspondiera redactar en 1.809 a la Suprema Junta General de España; entendió Camilo Torres, por su formación de Jurista, que la justicia solo puede lograrse a base de la igualdad humana.

DESARROLLO DEL CUESTIONARIO

1. **¿Contiene la enunciación de fuentes del ordenamiento jurídico de su país la jurisprudencia como una fuente formal de derecho? De ser así, cual es el rango jurídico de las disposiciones que así lo contemplan?**

RESPUESTA:

A partir de la Constitución de 1.991 y en concordancia a diferentes pronunciamientos de nuestra Corte Constitucional y con ocasión a las leyes 1437 de 2.011 (Código Contencioso Administrativo) y Ley 1564 de 2.012 (Código General del Proceso) podemos afirmar que la Jurisprudencia es fuente formal de derecho en Colombia y el rango jurídico de las disposiciones que lo contemplan, están en el escalón de la ley dentro de la pirámide de Kelsen.

El Jurista Eduardo Pilonieta Pinilla, en sesión extraordinaria de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, celebrada el 27 de julio 2.007, presentó para su posesión como miembro correspondiente de tan egregia entidad, el estudio “Obligatoriedad del

precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano” ponencia que nos permite profundizar algunas preguntas del cuestionario; manifestó el Profesor Pilonieta:

“El sistema jurídico Colombiano - por antonomasia - ha estado inserto en las más puras corrientes del Derecho Romano y Revolucionario Francés. La tradición nos indica que en vez de derecho oral-consuetudinario existía un modelo rígido, formalista y escrito en el que la labor del Juez no era la de crear normas o sentar precedentes, sino fallar de conformidad con el texto legal, utilizando la jurisprudencia como un mero elemento auxiliar.”

“La historia jurídica Colombiana siempre había sentido que sólo es fuente formal y principal de derecho: la Ley en sentido material, esto es, la Constitución, la ley, los decretos y demás normas, mientras que las otras fuentes sólo eran criterios auxiliares, por no decir aislados.”

“Con el conocido proceso constituyente de 1991 se creó la Corte Constitucional con el argumento de que, en virtud de una reformulación de la pirámide de Kelsen, si la Constitución estaba en la cima del ordenamiento, no existía razón para que fuera la Sala de Casación y no una Corte con Jurisdicción Constitucional, la que materializara su control y protegiera su integridad.”

“Así las cosas, al reconocerse la Constitución como la norma de normas con plena efectividad jurídica y al gozar de una Corte propia que salvaguarda su integridad, no puede un administrador de justicia despreciar sus argumentos arguyendo que solo está sometido al *“imperio de la ley”*, pues la constitución es la ley por excelencia y lo mínimo que se espera de las decisiones de quien está facultado exclusivamente para interpretarla es que los precedentes que llegaren a conformar doctrina constitucional sean de obligatorio cumplimiento.”

2. ¿Cuál es la fuerza vinculante de la Jurisprudencia en su país al respecto de otras resoluciones?

RESPUESTA:

El Artículo 230 de nuestra Constitución Política expresa: -

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

Frente a la autonomía judicial del atrás mencionado Art. 230 de nuestra Constitución Política, se pronunció la Corte Constitucional así:

“En principio, como lo ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las

normas que integran bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos. No obstante, el contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones. Por esta razón, sus precedentes adquieren fuerza vinculante. Además, como ya se indicó, el seguimiento de dichas reglas jurisprudenciales adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia, la defensa de la seguridad jurídica y la protección del derecho a la igualdad de quienes concurren a la jurisdicción con la legítima convicción que se conservará la ratio juris utilizada reiteradamente para la solución de problemas jurídicos anteriores y análogos a los que se presentan nuevamente ante el conocimiento de los jueces” (Sentencia C-018/93, Corte Const.)

Basados en un Artículo de “Ámbito Jurídico.com” del 04 de Febrero de 2011 podemos mencionar que:

Para el constitucionalista Carlos Bernal Pulido las nuevas normas implementan la fuerza vinculante de la jurisprudencia: “Con el recurso extraordinario de unificación, por ejemplo, se trata de crear un precedente claro, cuando hay disparidad de criterios. ¿Y cuál es el sentido de establecer un precedente claro? Pues que, de ahí en adelante, se aplique obligatoriamente en todos los casos”.

Según Bernal, el juez, al ejercer su función, debe tener un equilibrio entre “acatar el precedente, para mantener una coherencia, y mirar qué pasa hacia el futuro, para desafiarlo, si es el caso, y prevenir el anquilosamiento”. Ese desafío, agrega, procedería cuando las diferencias entre un caso y otro exijan una solución diferente, cuando la jurisprudencia no responda a un cambio social posterior o sea errónea o cuando se dé un tránsito constitucional o legal relevante.

Bernal termina manifestando que: “Las disposiciones que están en la Constitución, en las leyes, en los actos administrativos y en los contratos no valen nada sin la interpretación. Y los precedentes son la interpretación de esas disposiciones. Luego existe una unidad entre la disposición y su interpretación, es decir, aquello que está contenido en el precedente. Si eso es correcto y decimos que el juez está sometido al imperio de la ley, al imperio de las fuentes formales del ordenamiento jurídico, y si es imposible entender estas fuentes sin la interpretación, que es el precedente, pues entonces de ahí se sigue que el juez está vinculado también al precedente”.

Para control constitucional la fuerza vinculante siempre es erga omnes. Ha manifestado la Corte:”En cuanto a los efectos de los fallos de inexecutable, es claro que la norma jurídica es expulsada del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada para fundamentar ninguna actuación o decisión por parte de las autoridades públicas, ni seguir produciendo ningún tipo de efectos jurídicos, ya que ello implica la violación directa de la Constitución.1

A este respecto la Corte sostuvo que “una vez la Corte Constitucional declara inexecutable una disposición legal, ningún servidor público puede emitir resolución, dictamen o

¹ Sentencia C-335 de 2008 y T- 355 de 2007.

concepto fundado en aquélla, por cuanto de esta manera se estaría desconociendo directamente la Constitución. De igual manera, una vez proferido un fallo de exequibilidad condicionado, al servidor público le está vedado acordarle a la ley un significado distinto de aquel que la Corte consideró que era el único ajustado a la Carta Política.”²

3. ¿Existen medios para dar publicidad a la Jurisprudencia? De existir ¿Cuales son estos y cuál es el nivel de acceso de ésta jurisprudencia a la población?

RESPUESTA:

Además de las publicaciones de noticias en diarios de alta circulación y periódicos y revistas especializadas, con la herramienta del internet, hoy cualquier persona medianamente curiosa tiene acceso gratuito varias páginas compiladoras de Jurisprudencia, en especial las propias de las Altas Cortes.

Existen medios escritos especializados como revistas y periódicos sobre el particular: “Revista de Jurisprudencia y Doctrina”, “Revista de Actualidad Laboral” y el Periódico Ámbito Jurídico, todas publicaciones de la casa Editorial Legis Editores.

Para el propósito puede visitar:

www.corteconstitucional.gov.co,
www.consejodeestado.gov.co
www.ramajudicial.gov.co
www.ambitojuridico.com

4. ¿Existe en su país algún mecanismo de unificación de la jurisprudencia?

RESPUESTA:

Si existe, es lo que se denomina S.U., (Sentencia de Unificación) en pronunciamientos recientes (Sentencia C-634 de 2.011), la Corte recalcó la “extensión de la jurisprudencia”, que obliga a los jueces a tener en cuenta las “Sentencias de Unificación” de las Altas Cortes.

“...el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de otorgar eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales.⁹ Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo

² Sentencia C-335 de 2008.

de Estado y la Corte Constitucional; y(ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado.”

De otro lado y por mandato de la ley encontramos:

Código General del Proceso (Ley 1564 de 2.012):

Artículo 7°. Legalidad. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

5. ¿Se ha dado en su país algún factor jurídico o de otra índole que haya potenciado el papel de la jurisprudencia en el campo laboral?

RESPUESTA:

En efecto, tal como puede entenderse en las respuestas anteriores, es a partir de la Constitución de 1.991 y la creación de la Corte Constitucional que la Jurisprudencia adquiere un papel más protagonista y vital en nuestro desarrollo legal, y en el derecho laboral, esta característica no ha sido distinta, por tratarse de un derecho social, vivo, vigente y en constante desarrollo (sobre todo en el tema de discriminación laboral), de hecho es posible aseverar que en algunas ocasiones decisiones de las Altas Cortes sobre asuntos laborales tales como la estabilidad reforzada de las mujeres en estado de embarazo o estabilidad reforzada por cuestiones de salud, aplicación territorial de la ley para trabajadores al servicio de misiones diplomáticas o reintegros de personal de la fuerza pública perteneciente a la comunidad “Lgtb” (lesbianas, gays, transexuales y bisexuales) y

en general asuntos que “tocan” de una u otra manera el día a día el empleo en Colombia, son publicadas en periódicos y revistas e inclusive emisoras de alta circulación nacional.

Discriminación por Estado de Salud:

La Corte Constitucional ha sostenido que los trabajadores que padezcan enfermedades de alta gravedad y/o discapacidades no podrán ser objeto de despido. (Sentencia T-490/10)

Para el Alto Tribunal, las personas que por una enfermedad hayan disminuido su capacidad laboral o presenten alguna discapacidad física o mental, deberán gozar de protección de sus derechos fundamentales por parte de las autoridades y de sus empleadores.

Conforme a las sentencias de revisión, “el trabajador que padezca una enfermedad médicamente diagnosticada, la cual lo incapacite para desempeñar sus funciones laborales, tiene el derecho a conservar su trabajo cuando no haya una justa causa”.

La Sala Séptima de Revisión de la Corte aclaró que si bien en Colombia es legal la desvinculación del trabajador sin justa causa siempre que este reciba una indemnización, existen limitaciones para el Empleador cuando al empleado lo aqueja algún tipo de afección física o presenta un problema de salud de consideración.

“Entre los límites a esta facultad el empleador para despedir a los trabajadores sin justa causa, se ha determinado que las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta gozan de la estabilidad laboral reforzada”.

En otras sentencias la Corte ha señalado que “terminar unilateralmente la relación laboral en razón a una limitación física del trabajador, constituye una discriminación, puesto que a las personas en estado de debilidad física manifiesta no se les puede tratar de igual manera que aquellas sanas”.

Así mismo, la Corte ha precisado que los derechos laborales son de especial protección y cobijan tanto a los discapacitados como a quienes, no habiendo acreditado esta condición, hayan visto disminuidas sus capacidades de trabajo por dolencias o desmejoramiento en sus condiciones de salud.

Discriminación por Conducta Sexual:

Con ponencia, del año 2.011 de la magistrada Teresa Herrera Andrade, el Tribunal Administrativo del Meta le ordenó a la Policía Nacional el reintegro de la teniente Sandra Yaneth Mora Morales quien fue retirada de la policía en el año 2.000 por hechos “injustificados” , la sentencia ordenó reintegrarla al rango que tenía o uno superior con la antigüedad equivalente al momento del reintegro, así como el pago de todos los salarios dejados de percibir desde la fecha de desvinculación, para lo cual debió ser convocada a realizar los cursos de ascenso.

Advirtió en la sentencia el alto tribunal, que la motivación de la salida de la teniente Sandra Yaneth Mora Morales, según la institución policial fue por nexos con el narcotráfico, conducta que tiene connotación disciplinaria y penal, y dentro del proceso no hubo ninguna prueba que así lo demostrara.

Así mismo señaló la sentencia, que en la decisión no se tuvo en cuenta la versión de uno de sus superiores en el sentido que la teniente sostenía relaciones sentimentales con una compañera piloto, tratando de demostrar su condición de lesbiana.

Aplicación de la Ley Laboral Colombiana para Empleados de Misiones Diplomáticas:

Los hechos tienen que ver con Adelaida García de Borrisow quien durante 23 años trabajó en la Embajada del Líbano en Colombia como secretaria del embajador. En el año 2004, cuando cumplió 60 años de edad, fue despedida con el argumento de que en el Líbano las mujeres mayores de esa edad no pueden seguir trabajando.

La Embajada se pronunció en torno a la condena, la cual consideró como “insólita” y “aberrante” debido a que, según él, se le aplicó a un Estado extranjero la legislación interna. Indicó el diplomático que la sala carecía de jurisdicción para juzgar y decidir cualquier litigio contra el Líbano, lo que podría conducir a “una ruptura en las relaciones diplomáticas de ambos países”.

Pese a los argumentos esgrimidos, la Corte respondió que se encontraba lejos de haber incurrido en una afrenta internacional y que era improcedente la tutela, razón por la cual fue negado el recurso de amparo al embajador.

6. ¿Cuáles instrumentos de derecho internacional humanitario, en relación con el principio de no discriminación en el empleo, se utilizan con más frecuencia en los tribunales de su país y cuál es la fuerza vinculante de tales instrumentos?

RESPUESTA:

Las violaciones del derecho internacional humanitario no son conceptos teóricos en Colombia. No nos enorgullece reconocer que somos un país que ha tenido que sufrir la violencia, desde los inicios de la causa emancipadora, y casi nueve guerras civiles desde 1.812 hasta mediados del siglo XX cuando iniciamos la violencia bipartidista de los años 50 y la posterior guerra desenfrenada que nos ha traído el terrorismo del narcotráfico y de los grupos armados al margen de la ley hasta los días presentes. En Colombia el conflicto armado irrumpe en las actividades cotidianas de algunas zonas del país y ha generado infinidad de tragedias en familias desplazadas que son de una forma u otra víctimas de discriminación, lo anterior se ha traducido que nuestro país esté en el ojo del huracán de diferentes ONG y de Organismos vigilantes del DIH, razón por la que los diferentes gobiernos a través de los años, los estamentos militares, los gremios y la sociedad civil han tenido que trazar derroteros para afrontar ésta cruda realidad.

Los esfuerzos que Colombia ha venido realizando en materia de protección y respeto de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, se han materializado en varias iniciativas gubernamentales con propósito de hacer un país más justo, respetuoso con los derechos humanos y comprometido con el mandato constitucional.

Uno de los principales instrumentos que posee el Gobierno para cumplir dicho objetivo es el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (rango de ley), que fue creado por el **Decreto 4100 del 2 de noviembre de 2011** para articular y coordinar las normas, las políticas, las entidades y las instancias del orden nacional y

territorial, y promover así el respeto y la garantía de los derechos humanos y la aplicación del DIH.

Con relación a la no discriminación en el Empleo, el Gobierno expidió la **Ley 1010 de 2.006**, “Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo” ésta ley fué el resultado del desarrollo de los Principios Constitucionales plasmados en los Artículos, 5° que ordena al Estado reconocer sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona, Artículo 13° que expresa que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y tienen los mismos derechos , libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica y Artículo 53° que ordena principios de igualdad de oportunidades para los trabajadores, protección especial a la mujer, entre otros.

La ley 1482 de 2011 que modificó el Código Penal, conocida como la ley de “antidiscriminación” nació en principio con el objetivo de penalizar el racismo, pero finalmente incluyó en su articulado sanciones penales y económicas para cualquier tipo de discriminación, incluidas las expresadas contra la población LGTBI.

Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación por razones de raza, etnia, nacionalidad, sexo y orientación sexual. La ley menciona casos de agravación punitiva, tales como conductas discriminatorias que nieguen o restrinjan derechos laborales.

La Ley 1496 de 2.011 "por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones", que modificó en algunos artículos a nuestro Código Sustantivo del Trabajo en éstos aspectos y cuyo objeto principal fue garantizar la igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre mujeres y hombres, fijar los mecanismos que permitan que dicha igualdad sea real y efectiva tanto en el sector público y privado y establecer los lineamientos generales que permitan erradicar cualquier forma discriminatoria en materia de retribución laboral.

7. ¿Ha ratificado su país los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo? La jurisprudencia de los tribunales de su país ¿aplica estos convenios?

RESPUESTA:

En efecto, Colombia es un país que se identifica por celebrar acuerdos internacionales y dentro de éstos están los Convenios 100 y 111 de la OIT, tal aparece en la lista de ratificaciones de la OIT.

La Sentencia C 401 de 2.005 de la Corte Constitucional expresamente menciona que: “que de ninguna manera los convenios internacionales del trabajo pueden ser considerados simplemente como parámetros supletorios en el ordenamiento laboral.

Independientemente de la definición acerca de cuáles son los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad, es claro que todos forman parte de la legislación interna, lo que significa que no pueden ser relegados, por regla general, a parámetros supletorios de interpretación ante vacíos normativos en el orden legal...”

Para la Corte, los Convenios Laborales ratificados por Colombia, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno.

Igualmente, es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral. Adicionalmente, la Corte Constitucional puede, como ya lo ha hecho, de acuerdo con criterios objetivos, indicar de manera específica qué otros convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, en razón a que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador y al derecho al trabajo. Cuando algún convenio prohíba la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición, corresponde a la Corte señalar específicamente su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, como también lo ha realizado en sentencias anteriores.

Los convenios de la OIT ratificados por Colombia son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias. Además, es importante recalcar que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema, y que aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno. Así habrán de valorarlos especialmente los jueces y los funcionarios administrativos.”

7-2p-¿Aparte de los dos convenios anteriores, ¿Qué otros convenios de OIT o convenciones de la ONU ha ratificado su país en temas tales como protección de trabajadores migrantes, protección de la población indígena, protección de los derechos de la mujer, o protección de cualquier otra minoría?

RESPUESTA:

Conforme con el Artículo 93 de nuestra Constitución Política, las normas internacionales sobre derechos humanos que hayan sido ratificados por Colombia, tiene fuerza jurídica vinculante e interpretativa en el ordenamiento interno,

El artículo 53 en su inciso 4 establece una regulación semejante para los convenios internacionales sobre el trabajo.

Por lo anterior y para el tema de la minorías étnicas es importante el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo OIT, el día 27 de junio de 1989 y ratificado por Colombia mediante la ley 21 de 4 de marzo de 1991.

En concordancia con lo anterior, la Ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, en el Artículo 4 ordena adoptar medidas que preserven las personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura y el medio ambiente de los pueblos indígenas.

Frente a la población afrodescendiente contamos con la Ley 70 de 1993 – “Ley de Comunidades Negras”,

Además Colombia ha suscrito los siguientes acuerdos:

Ley 1346 de 2009, Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Declaración Universal de los Derechos humanos (1948) (artículos 2, 7) La Declaración Universal estipula que todo el mundo tiene el derecho a gozar de los derechos y libertades que aparecen en la Declaración sin la distinción alguna de posición económica o de otra índole como origen social o raza (artículo 2). Además, el artículo 7 afirma que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.

- 8. ¿Existe regulación específica a nivel constitucional, en su país, para regular el principio de no discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y en relación con la terminación del empleo?**

RESPUESTA

En efecto, como ya lo mencioné atrás en la respuesta 6 , nuestra Constitución plasma en varios artículos el principio de no discriminación, por mencionar algunos, el Artículo, 5° que ordena al Estado reconocer sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona, Artículo 13° que expresa que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y tienen los mismos derechos , libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica y Artículo 53° que ordena principios de igualdad de oportunidades para los trabajadores, protección especial a la mujer, entre otros.

- 9. ¿Existe la práctica de contemplar en los convenios colectivos de su país la regulación y solución de medidas discriminatorias en el empleo? Si la respuesta fuera positiva, ¿cuáles son las regulaciones más frecuentes?**

RESPUESTA:

Como se puede entender en el desarrollo de las respuestas, si bien es cierto que en Colombia hemos avanzado frente al tema de la “No Discriminación en el Empleo”, este avance ha sido relativamente nuevo, de ahí que en las negociaciones Colectivas, solamente hasta ahora se está implementando éste aspecto como acápite adicional para los temas a negociar, por ende no es posible resumir regulaciones frecuentes sobre solución de problemas en los convenios colectivos para atacar hechos discriminatorios, sin embargo, como antecedente, podemos traer a modo de ejemplo la Sentencia T-690/98, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell. Los demandantes eran trabajadores de la Caja de Compensación Familiar del Cauca CONFACAUCA, quienes interpusieron Acción de Tutela contra la mencionada entidad, por la violación de sus derechos fundamentales a la igualdad y libertad de asociación, como quiera que en 1992, dicha Caja de Compensación Familiar, había celebrado un Pacto Colectivo con doce de trabajadores no sindicalizados, conviniendo con ellos beneficios que no se encontraban contemplados para los trabajadores

sindicalizados, la Corte sostuvo, pronunciamientos similares como el realizado en Sentencia de T 136 de 1.995 en el siguiente sentido: "...no es admisible la discriminación de estar o no afiliado a un sindicato, para favorecer a los no sindicalizados en contra de los sindicalizados, pues en tal evento no sólo se contraría el derecho a la igualdad sino que se atenta contra el derecho a la asociación sindical consagrado en el artículo 93 de la Constitución."

10. Dejando por fuera la discriminación por raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social ¿Existe algún otro tipo de discriminación debidamente tipificada o contemplada por la jurisprudencia de su país, que no se haya mencionado en los apartados anteriores?

RESPUESTA:

Como he manifestado en respuestas anteriores Colombia ha sido un país que ha soportado un extenso y crudo conflicto interno armado, esta difícil situación nos ha obligado a precaver mecanismos para reintegrar en la sociedad civil, al personal que de un modo u otro ha participado en la guerra en los bandos al margen de la institucionalidad, es así que la ley 789 de 2.002 y la ley 1429 de 2.010 han hecho intentos "poco fructíferos" para que a través de beneficios e incentivos en los pagos correspondientes a los Parafiscales de la Empresas, vinculen al personal que se ha reintegrado a la sociedad civil.

En sentencia C-936/10, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, del veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010) la H Corte se pronunció, frente a una demanda de inconstitucionalidad en lo relacionado con el "principio de oportunidad" así: "En los últimos años, el Estado colombiano ha adoptado diversas legislaciones, encaminadas a superar la situación de conflicto armado interno que padece el país. De allí que, aunque resulte evidente que aquél no ha cesado plenamente, también lo es que todas aquellas medidas han apuntado a que los integrantes de los grupos armados ilegales se desarmen y reinserten a la sociedad, es decir, con fin de alcanzar la paz, sin que por ello se haya admitido que los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral puedan ser desconocidos...la jurisprudencia constante de la Corte Constitucional ha sostenido que las medidas legislativas encaminadas a alcanzar la paz, no pueden desconocer los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, mediante la suscripción de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario..."

De acuerdo con el informe presentado, durante la clausura de la 68 Asamblea General de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (Andi), en Cartagena (Agosto de 2.012) por la Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR), cerca de 12.000 desmovilizados han logrado vincularse a la actividad productiva y son parte de la nómina de grandes y pequeñas compañías del país, otros 18.000 permanecen desempleados o en la informalidad.

Manifestó el Dr. Alejandro Éder (Director de dicha agencia): "Hay empresas que, al darse cuenta de que son desmovilizados, los despiden (...) Comprendo el miedo de personas y empresas de contratarlos, pero el país tiene que superar ese miedo; es preferible que ellos trabajen y no que estén en un grupo armado."

En realidad no existen antecedentes jurisprudenciales de ex guerrilleros o paramilitares que por sentirse “discriminados” hubieran acudido a la justicia en defensa de sus derechos, pues en cierta forma los subsidios y planes gubernamentales de las políticas implementadas para la reinserción “diluyen” en gran proporción a estas minorías, que al final, prefieren, como lo mencionó un ex guerrillero que fué entrevistado, “es preferible pasar desapercibidos”, sin embargo existen casos concretos en los que en empresas como las de mensajería se le ha dado una segunda oportunidad a éstas personas, tal como aparece en la nota periodística del 01 de Octubre de 2.001 **“Dar empleo al reinsertado, un paso por la paz”** de uno de los diarios más importantes de Colombia, **“El Tiempo”**.

Podemos encontrar a modo de ejemplo, por la periodista, Claudia Cerón Coral, la historia relativa a “Miguel Antonio”, quien declaró que: “Estuvo 12 años en las Farc, en el Cauca, encargado de los carros y la plata de su frente. Acepta que se "creyó el cuento" y se dejó convencer de todo. Pero el día del bombardeo al campamento de 'raúl reyes' se enteró de la noticia y decidió huir. Estaba muy cerca de allí, en el Ecuador, dice, y se voló. "La situación estaba muy caliente en la zona". se entregó en Ipiales y en tres días estaba en el batallón de Popayán, en donde comenzó su proceso de reintegración. Luego lo mandaron a Cali y después a Bogotá. Comenzó trabajando en un lavadero de carros, y por su experiencia en mantenimiento y conducción le ofrecieron otro trabajo mejor. Después de un año, la gente de la Alta Consejería que supervisa estos procesos lo recomendó para que se presentara a un puesto en Centaurus. Allí conoció a su actual jefe, Marco Novoa. "Gracias a Dios y a don Marco", dice, hoy trabaja como mensajero en una zona de Bogotá cerca a donde vive....”

11. ¿Cuáles son los grupos o sectores más afectados por la discriminación en el campo laboral en su país? ¿Qué medidas discriminatorias son las que atienden los tribunales con más frecuencia, en relación con el empleo?

RESPUESTA:

Colombia como casi todos los demás países de éste hemisferio, es una sociedad joven, no ha cumplido 200 años de su independencia y todavía tenemos mucho camino por recorrer, la pluralidad de lo que el Maestro Germán Arciniegas denominara “El Continente de los Siete Colores” nos permite entender que esta tierra es un crisol de diferentes razas, sin embargo tenemos una constante común, la pobreza, hecho que se ve reflejado con más protuberancia en algunas regiones del país y en algunos grupos étnicos, tales como comunidades indígenas y negras. Éstos son los grupos más afectados, no solo por el origen o las condiciones de violencia que los rodean, es por la falta de oportunidades de formación académica, lo que los “separa” de poder ser competitivos en el campo laboral.

Es posible encontrar con más frecuencia procesos de personas “afrodecendientes” o mujeres (sin importar la raza) que acuden a la justicia para obtener reconocimientos en sus derechos, a modo de ejemplo la sentencia T-376 de 2.012, Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa. En éste asunto, Jovannys Pardo Castro presentó acción de tutela contra la Dirección Marítima de la Capitanía de Puerto del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, por considerar que esa autoridad vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, el trabajo y el debido proceso en relación con el principio de confianza legítima; así como el derecho fundamental de los Consejos Comunitarios

de la Comunidad Negra de Unidad Comunera del Gobierno Rural de La Boquilla, Localidad de la Virgen y Turística del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena. De acuerdo con la peticionaria quien desde hace 15 años ejercía el oficio de carpera (es decir, encargada de colocar carpas en la playa para los turistas) en el sector de Cielo Mar, corregimiento de La Boquilla, desde el cinco (5) de julio de dos mil once (2011) no pudo realizar más esas actividades, pues la administración del edificio Torre de las Américas no se lo permitió, “argumentando que ellos tenían el derecho al disfrute de la playa” en virtud de un permiso otorgado por la Dirección Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena. La decisión de ésta tutela fué la de prevenir a la Dimar y a la Alcaldía Distrital de Cartagena sobre su obligación legal y constitucional de permitir, mientras se adelanta el proceso de consulta, el tránsito y uso de la playa para todas las personas, y especialmente, de respetar el acceso de los miembros de la comunidad de La Boquilla, así como el ejercicio de las actividades asociadas a la pesca y las festividades u otros eventos culturales tradicionalmente desarrollados por la comunidad tutelante en el sector de Cielo Mar, lugar sobre el que se discutirá la entrega de la concesión...”

12. ¿Cuáles considera usted son los retos a los que se enfrenta su país en la tutela de la no discriminación en materia laboral? ¿Qué situaciones quedan por fuera de la actual regulación?

RESPUESTA:

En éstos últimos años, y con base en el mandato de nuestra Constitución Política, Colombia ha avanzado significativamente en búsqueda de lograr la no discriminación en materia laboral, de hecho, la ya atrás mencionada ley 1010 de 2.006 expresamente define en el Artículo 2º las modalidades de acoso laboral, y hace énfasis en el numeral tercero así: “Discriminación laboral: todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.”

Retos tenemos muchos, sobretodo el acceso al empleo, no por discriminación sino por falta de crecimiento económico (aunque somos emergentes, aún somos sociedades pobres) desafortunadamente la sociedad cree que la solución está en los estrados judiciales, pero la realidad es otra, ésta en la industria y en la academia, como lo mencioné atrás, en la medida que las personas, sin importar cualquier condición que pudiera ser objeto de discriminación, tengan oportunidades para capacitarse y competir conforme a sus conocimientos, formación académica y experticia, la discriminación será menor, pues serán trabajadores apetecidos en el mercado laboral.

Tal vez el reto más grande que tenemos es lograr la paz.

Por lo demás aún existen quienes continúan marcando diferencias por, raza, origen, creencias religiosas o preferencias sexuales, sin embargo los medios noticiosos y las nuevas plataformas de comunicación virtual tales como Facebook y Twiter harán más fácil la defensa de esas minorías, sin mencionar que hoy nuestros jueces y abogados, ya cuentan con nuevas herramientas (que antes no existían) para hacer justicia en éste sentido.

13. ¿Qué tratamiento ha dado la legislación interna de su país a la carga de la prueba en temas de discriminación en las relaciones de trabajo?

RESPUESTA:

Con base en la Sentencia C-780 de 2.007 podemos responder: “La presunción de acoso laboral objeto de análisis, no implica desde ningún punto de vista el desconocimiento del derecho al debido proceso del acusado. En efecto, quien es denunciado por haber desplegado presuntamente alguna de las conductas que configuran acoso laboral aún cuando lo haya hecho de manera reiterada y pública, tiene la posibilidad, dentro del proceso, ya sea judicial o disciplinario, de controvertir las pruebas en aras de demostrar que los hechos que dieron lugar a tal proceso no ocurrieron o que, en caso de haber tenido lugar, no configuran la conducta de acoso laboral. De esta manera, la presunción establecida en la disposición objeto de examen no contraría el principio de presunción de inocencia ni el derecho al debido proceso, pues se trata de una redistribución de las cargas procesales que no hace nugatorio el derecho de defensa de quien debe desvirtuar el hecho o la consecuencia deducida. Se trata, como se dijo en el acápite anterior, de una institución jurídica que permite al legislador invertir o desplazar el objeto de la prueba, con el propósito de corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba en favor de quien se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, en este caso concreto, como manifestación directa del principio in dubio pro operario y proteger así bienes jurídicos particularmente valiosos.”

Con base en lo anterior y porque así expresamente está determinado en algunas normas sobre el particular (“Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presume injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación” Ley 1496 de 2.011) es al Empleador a quien le toca demostrar que no ha incurrido en conductas discriminatorias, cuando por petición de la parte, la afectada solicita dicha investigación o se establece en su contra por vía ordinaria o de tutela tal pretensión.

14. ¿Existe en el ordenamiento jurídico de su país alguna vía procesal especial, distinta de la ordinaria, para el conocimiento por parte de tribunales administrativos o judiciales de los reclamos y denuncias por violación al principio de no discriminación? ¿Qué mecanismos se han implantado para la denuncia por parte de los afectados?

RESPUESTA:

Como se puede entender en la lectura de las respuestas de éste cuestionario, ha sido la figura de la “Acción de Tutela” la que ha activado éste desarrollo tanto legal como jurisprudencial, pues es esta figura como la herramienta creada por el constituyente de 1.991, para amparar y proteger de manera rápida y eficiente y a veces transitoria (mientras define la vía ordinaria) “derechos fundamentales” que de otra forma estarían en riesgo o se tradujeran en un perjuicio irremediable, el tema de los derechos humanos, la igualdad y en general el tejido que surge alrededor de la no discriminación, es campo fértil para aseverar que la vía efectiva era y seguirá siendo, la tutela, y obviamente desde la constituyente de 1.991, hasta el año 2.010, cuando por primera vez se trató a rango de ley el asunto del acoso laboral, era lógico que la defensa de los derechos relativos a la personalidad y desarrollo humano de los trabajadores, se ventilara y defendiera por éste camino.

La Sentencia T-111 de 2.012, se pronunció sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para dirimir controversias laborales y expreso:

“La acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judicial, (ii) cuando existiendo éstos no fueren eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales, o (iii) cuando no lo fueren para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, C.P.). Dado que para reclamar derechos laborales se establecieron medios de defensa judiciales ordinarios, idóneos para tramitar la pretensión de reconocimiento de la prestación, la procedencia de la acción de tutela se supedita a la eficacia de éstos para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable, analizando las circunstancias del peticionario y los elementos de juicio obrantes en el expediente.

A propósito del perjuicio irremediable, se ha sostenido por la Corte que se caracteriza por ser un perjuicio (i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad.

Pues bien, en referencia a los casos en los que se invoca la protección a la estabilidad laboral reforzada, la Corte ha sostenido que resulta procedente la acción de tutela si se encuentra comprometido el goce de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional como las mujeres en embarazo, trabajadores aforados y discapacitados físicos. Pero también se ha extendido la protección a personas que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta por disminuciones físicas al momento de que fueron apartadas de sus cargos. Y es que se tratan de sujetos de especial protección constitucional que, frente a la terminación de sus relaciones laborales, no encuentran otro mecanismo más eficaz para solicitar la defensa de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la seguridad social.”

15. ¿Contempla el ordenamiento jurídico de su país formas de discriminación positiva que se manifiesten en el acceso al empleo, durante el empleo y con ocasión de su terminación? ¿Ha creado la jurisprudencia en su país alguna forma de discriminación positiva que no esté en la legislación?

RESPUESTA:

En efecto la Constitución Política de Colombia, prescribe unas circunscripciones especiales para la participación ciudadana de las minorías en los Poderes del Estado así:

La Cámara de Representantes se elige en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales y está integrada por un número variable de miembros:

- ... representantes elegidos en circunscripción especial por las comunidades negras.
- ...representantes adicionales que, con el fin de salvaguardar la representación de las minorías políticas y sociales, elegidos a razón de 1 por los partidos, movimientos, coaliciones, organizaciones sociales o grupos significativos de ciudadanos que no alcancen representación en el Congreso de la República y obtengan más del 0,5% de los votos válidos en la correspondiente elección para Cámara de Representantes a nivel nacional.
- ... representante elegido por las comunidades indígenas y

... representante elegido por los residentes en el exterior.

La El Senado de la República está integrado por:

- ...Senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. Los representantes de las Comunidades Indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una Organización Indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro del Interior.
- ...Senadores elegidos en circunscripción territorial 2 por las antiguas intendencias, 2 por las antiguas comisarías y 1 más por el departamento de San Andrés y Providencia. (art. 171, CPC)

Por otro lado podemos ver el Decreto 1627 de 1996 - Fondo Especial de Créditos Educativos administrados por el ICETEX para estudiantes de las Comunidades Negras de escasos recursos económicos, que los favorece en éstos auxilios.

Podemos encontrar la discriminación positiva para personas discapacitadas, en la Sentencia **C-293 de 2.010** así:

“En Colombia, si bien existen normas anteriores a 1991 que podrían ser entendidas como acciones afirmativas, este concepto gana especial notoriedad sobre todo a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política, cuyo artículo 13 resalta el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados. El texto superior contiene además otras disposiciones que de manera específica plantean el mismo mandato frente a colectividades específicas, entre ellas los artículos 43 a favor de las mujeres, 47 a favor de las personas discapacitadas y 171 y 176 sobre circunscripciones especiales para determinados grupos étnicos para la elección del Senado y la Cámara de Representantes. A partir de estas pautas, la Corte Constitucional se ha ocupado con frecuencia del tema, tanto en decisiones de constitucionalidad sobre la exequibilidad de medidas legislativas de este tipo o su eventual omisión como en decisiones de tutela en las que se ordena adelantar acciones concretas o abstenerse de afectar de manera negativa a grupos o personas merecedoras de especial protección constitucional.”

16. Si la respuesta a alguna de las preguntas anteriores fuera afirmativa, ¿cuál ha sido la suerte en la vida práctica de esa discriminación positiva? ¿Se aplica tal como es enunciada normativamente?

RESPUESTA:

Para el caso de la representación democrática ha sido exitoso en lo que se refiere a las elecciones, pues si existen esos representantes, en otras áreas, no lo ha sido tanto, precisamente porque la gente, no tiene siempre, las competencias para acceder a los cargos requeridos, ahora bien frente al desarrollo participativo de estas “minorías” en el Poder Legislativo, el resultado es el siguiente, conforme al artículo del 13 de Noviembre de 2.012 del periódico el Nuevo Siglo, así:

“En los últimos dos cuatrienios, el porcentaje de proyectos propuestos por congresistas de circunscripción especial y posteriormente aprobados fue del 0 por ciento para el caso indígena –tanto en 2002-2006 como en 2006-2010-, y del 0 por ciento en 2002-2006 y 13,3 por ciento para 2006-2010.

Así se lee en la exposición de motivos del proyecto de ley sobre modernización del Legislativo presentado hace un par de semanas por el programa **Congreso Visible (CV)** de la Universidad de los Andes y el Instituto de Ciencia Política (ICP).

“Las bancadas minoritarias, en algunos casos unipersonales, o aquellos legisladores de las circunscripciones especiales generalmente no cuentan con garantías al interior de la corporación para promover sus propuestas e incidir en los principales debates de política pública”, expusieron las organizaciones, agregando que “esto sucede en el caso colombiano, por un lado porque la noción de minoría se ha confundido con oposición, con lo cual algunos partidos que se declaran independientes o que no pertenecen a ninguna coalición quedan aislados de los principales debates al interior del Congreso”.

“Por otra parte”, expresaron, “la existencia de circunscripciones especiales para grupos étnicos (afrocolombianos e indígenas), minorías políticas y colombianos en el exterior, si bien se planteó en la norma como una garantía de inclusión política, en la práctica legislativa ha derivado en la presencia de parlamentarios con la responsabilidad de representar a algunas de las comunidades más vulnerables del país pero con escasa capacidad de incidencia en el trámite legislativo”.

Discriminación

Un ejemplo interesante de esta situación es la Ley 1482 de 2011 (Antidiscriminación), cuyo proyecto fue radicado por el Movimiento Independiente de Renovación Absoluta (MIRA), que penaliza la discriminación en Colombia.

De acuerdo con un informe de CV sobre el particular, “el objetivo de esta iniciativa era el de modificar el Código Penal para establecer sanciones económicas y penalizar los actos de hostigamiento y discriminación racial, étnica, religiosa, ideológica y sexual”.

“En el proceso de aprobación”, se consignó en el informe, “varias organizaciones de la sociedad civil y entidades del Estado señalaron la importancia de dicha iniciativa en cuanto apunta a revertir una tendencia histórica y sistemática de exclusión que viven las minorías en el país”.

“Por ejemplo, según datos de la Comisión Intersectorial Afrocolombiana presentados en la exposición de motivos del proyecto, el 75 por ciento de las negritudes gana menos de un salario mínimo mensual. Igualmente, organizaciones como el Observatorio de Discriminación Racial señalan que el tema de la discriminación está asociado con la desigualdad en el acceso y la permanencia de las poblaciones afrodescendientes e indígenas en el sistema educativo y de salud, así como con las altas tasas de analfabetismo y discriminación laboral que afectan a dichas comunidades”.

“Al analizar el tema desde una perspectiva histórica, la iniciativa resulta significativa porque introduce penalizaciones explícitas a las manifestaciones de discriminación contempladas en otros países y en la legislación internacional. De igual manera, su aprobación es importante si se analiza en el marco de la trayectoria de las iniciativas que han cursado en el Congreso relacionadas con las minorías étnicas”.

Sin embargo, y es por esto que se trae a colación, “como es sabido, muchos de los proyectos que afectan a estas comunidades no son presentados por legisladores indígenas o afro. Precisamente, como ocurrió con el proyecto de ley para prevenir y erradicar la discriminación presentado por” el entonces “Defensor del Pueblo, Volmar Pérez, y miembros no étnicos de distintos partidos en el 2008”, la que finalmente se convirtió en la Ley Antidiscriminación “tampoco fue una iniciativa de representantes de las minorías étnicas. Esto, como se verá a continuación, es importante para analizar la relación entre los representantes afro e indígena y los intereses de sus comunidades”.

Representación

“Desde 1998 hasta 2011, 36 candidatos étnicos han obtenido una curul en el Congreso. De estos, cuatro han sido elegidos por más de un periodo. Este es el caso de Gabriel Muyuy, Francisco Rojas, María Isabel Urrutia y José Enrique Piñacué. A su vez, doce congresistas han sido electos por la circunscripción especial indígena, siete por la especial afro, y 18 para las ordinarias de Senado y Cámara.

Entre 1998 y 2011, los congresistas indígenas (electos o no en circunscripción especial) han participado en la autoría de 131 iniciativas legislativas. Estas han sido radicadas en similar proporción tanto en Cámara (49,6 por ciento) como en Senado (50,3 por ciento)”.

“De estos 131 proyectos, ocho fueron sancionados como ley y tres como acto legislativo. Por el contrario, 78 iniciativas fueron archivadas, es decir, alrededor del 60 por ciento del total de presentadas. Al observar la proporción de proyectos aprobados sobre el total de radicados, se pueden obtener algunas conclusiones con respecto al éxito de los congresistas indígenas”.

“De los 11 proyectos aprobados, tres fueron liderados por legisladores indígenas, mientras que ocho lo fueron por miembros de otros partidos o entidades”, como los partidos Social de Unidad Nacional (La U) y Liberal, el Polo Democrático Alternativo, Cambio Radical y la Defensoría del Pueblo, “lo cual tiene sentido si se considera que estos congresistas pertenecen a partidos cuyo tamaño limita su capacidad para aprobar iniciativas”.

“Lo anterior puede evidenciarse al analizar la tasa de aprobación por partido durante el cuatrienio 2006-2010”, sostuvo el informe, agregando que, en ese periodo, organizaciones políticas como Alas Equipo Colombia, Por el país que soñamos, el Partido Conservador, La U, el MIRA y el Polo, “superaron la tasa promedio de aprobación que se situó en el 3,9 por ciento. Por el contrario, ninguno de los proyectos liderados por los congresistas indígenas en este periodo fue aprobado”.

Disciplina minoritaria

La relativa “improductividad” de las minorías legislativas se da a pesar de que, como se verá, son bancadas bastante disciplinadas a la hora de votar.

En otro informe, CV reseñó que, precisamente “con la aprobación de la Ley Antidiscriminación, de autoría del senador Carlos Alberto Baena, del MIRA, se abrió un debate alrededor de las bancadas conformadas por los congresistas afrocolombianos e indígenas en el Congreso Nacional. Según la Constitución de 1991, las comunidades indígenas cuentan con dos curules” en el Senado y una en la Cámara “y las comunidades afrocolombianas cuentan con dos curules en la Cámara Baja”.

“Sin embargo, en el caso de las comunidades afrocolombianas, la bancada está conformada no sólo por los congresistas elegidos mediante la circunscripción especial, sino también por legisladores provenientes de departamentos con alta presencia de población afrocolombiana”; específicamente, según CV, “está conformada por ocho representantes a la Cámara, entre ellos dos elegidos por la circunscripción especial afrocolombiana y dos senadores”.

“En el caso de las comunidades indígenas, la bancada únicamente está constituida por los congresistas de las curules especiales, es decir, tres congresistas: dos senadores y un representante a la Cámara”.

El informe de CV analizó “la disciplina de dichas agrupaciones con el objetivo de determinar si existe un comportamiento coordinado entre sus miembros. En otras palabras, se pretende establecer si las bancadas actúan cohesionadamente frente a los proyectos de interés para las comunidades que representan”.

“La importancia de este ejercicio radica en que la conformación de estos grupos es pluripartidista y además, sus miembros son electos por diversas circunscripciones. Por lo tanto, resulta relevante evaluar si estas diferencias se manifiestan en el comportamiento de los legisladores”, explicó CV.

Resultados

“Con el fin de evaluar el comportamiento de las bancadas, en términos de la disciplina partidista, se tomaron tres iniciativas de trascendencia para las bancadas y se analizaron los niveles de disciplina partidista de los congresistas en las votaciones asociadas a las mismas”; los proyectos fueron el que finalmente se convirtió en la Ley Antidiscriminación; la reforma constitucional que constituyó el Sistema General de Regalías y la Ley de Víctimas.

“Teniendo en cuenta que ambas bancadas están conformadas tanto por congresistas de la Cámara como del Senado, se tomaron las votaciones finales de cada proyecto realizadas en ambas corporaciones. Sin embargo, en el caso del proyecto de la Ley Antidiscriminación, se cuenta únicamente con votaciones que tuvieron lugar en el Senado, dado que, en el caso de la Cámara, no se cuenta con registros oficiales de votaciones. Adicionalmente, se utilizó la información sobre las votaciones nominales de la Ley de Regalías y la Ley de Víctimas ya que estas iniciativas afectan de manera directa a las comunidades afrocolombiana e indígena”.

“A partir de los votos emitidos por los senadores y representantes, se calculó, por un lado, la disciplina partidista de los congresistas de la bancada con respecto a su partido y la cámara donde la votación tuvo lugar” y “por otro lado, se calculó la disciplina de las bancadas como si su funcionamiento correspondiera al de un partido político”.

“En el caso de la bancada afro” se concluyó “que sus integrantes son medianamente disciplinados al momento de votar”.

“En el caso de la bancada indígena”, el congresista del Polo Hernando Hernández se pudo concluir “que generalmente vota de acuerdo a la bancada. Cabe resaltar que, si bien los representantes de las comunidades indígenas cuentan con menos integrantes que la bancada afrocolombiana” el índice de disciplina “de los primeros es más alto, lo que significa que son un poco más disciplinados que los segundos”.

“En primer lugar es importante resaltar que las bancadas parecen ser más disciplinadas en el Senado que en la Cámara” y, por otro lado, CV observó “que las bancadas son disciplinadas al momento de votar pero indisciplinadas para asistir a las sesiones y participar en las votaciones”.

Es decir, precisó el informe, “es posible afirmar que los congresistas de la bancada actuaron como un partido político al momento de votar los proyectos de interés”, pero “la asistencia a las votaciones no fue constante ni sistemática”.

“A manera de conclusión se puede decir que, a pesar de las diferencias en términos de afiliación partidista de los congresistas que componen las bancadas afrocolombiana e indígena en el Congreso” su comportamiento es “medianamente homogéneo en las votaciones de proyectos de ley de interés para las mismas. Adicionalmente, esta característica se hace evidente a pesar de las diferencias que puedan existir a nivel individual con respecto a la disciplina partidista”.

17. ¿Qué tipo de sanciones se establecen en su país contra la discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y con ocasión de la terminación del empleo?

RESPUESTA:

Las leyes que en este momento en Colombia atacan la discriminación en el Empleo, son las atrás mencionadas **Ley 1010 de 2.006**, por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, que expresamente dispone en el Artículo 10º, el tratamiento sancionatorio al acoso laboral así:

1. Como falta disciplinaria gravísima en el Código Disciplinario Único, cuando su autor sea un servidor público.
2. Como terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo. En tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

3. Con sanción de multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales para la persona que lo realice y para el empleador que lo tolere.
4. Con la obligación de pagar a las Empresas Prestadoras de Salud y las Aseguradoras de riesgos profesionales el cincuenta por ciento (50%) del costo del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de salud y demás secuelas originadas en el acoso laboral. Esta obligación corre por cuenta del empleador que haya ocasionado el acoso laboral o lo haya tolerado, sin perjuicio a la atención oportuna y debida al trabajador afectado antes de que la autoridad competente dictamine si su enfermedad ha sido como consecuencia del acoso laboral, y sin perjuicio de las demás acciones consagradas en las normas de seguridad social para las entidades administradoras frente a los empleadores.
5. Con la presunción de justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, particular y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia o retiro del trabajo.
6. Como justa causa de terminación o no renovación del contrato de trabajo, según la gravedad de los hechos, cuando el acoso laboral sea ejercido por un compañero de trabajo o un subalterno.

PARÁGRAFO 1. Los dineros provenientes de las multas impuestas por acoso laboral se destinarán al presupuesto de la entidad pública cuya autoridad la imponga y podrá ser cobrada mediante la jurisdicción coactiva con la debida actualización de valor.

PARÁGRAFO 2. Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por conductas constitutivas de acoso laboral, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, en los términos del artículo 157 de la Ley 734 de 2002, siempre y cuando existan serios indicios de actitudes retaliatorias en contra de la posible víctima.

La ley 1482 de 2.011, que modificó el Código Penal, conocida como la ley de “antidiscriminación” expresamente dispuso en el Artículo 134 A, que aquel que cometa actos de racismo o discriminación que arbitrariamente impidan, obstruyan o restrinjan el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ésta pena, tiene una circunstancia de agravación punitiva que la aumentará de, una tercera parte a la mitad, conforme el Artículo 134 C de la misma Ley numeral 6°, cuando la conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.

La Ley 1496 de 2.011 "por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones", expresa la ley en el Artículo 4° Parágrafo 3° que el incumplimiento a la implementación de los criterios establecidos en el decreto reglamentario por

parte del empleador dará lugar a multas de cincuenta (50) hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes imputables a la empresa.

18. Existe algún proyecto de reforma legal para el establecimiento de procedimientos especiales que brinden mayor protección frente a la discriminación en el empleo o para tipificar nuevas formas de discriminación en ese campo?

RESPUESTA:

Estos últimos seis años han sido prolíficos en el surgimiento de normas y políticas antidiscriminatorias, tal como lo puede entender en el desarrollo de las respuestas atrás tratadas, como novedad especial podemos mencionar la reciente **Ley 1618 de 2.013**, de febrero pasado, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, el objetivo primordial del Gobierno con ésta ley, fue la de garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2.009 (ratificación de la Convención de la ONU para personas con discapacidad).

Sobre proyectos que cursen en el Senado (año 2.012) podemos mencionar:

No. Cámara – No. Senado 234/12

“Por medio de la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la población negra afrocolombiana en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13 y 40 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones. [Participación política afrocolombiana]”

Archivado por Tránsito de Legislatura 25 Apr 2012”.

No. Cámara – No. Senado 93/12

“Por la cual se modifica la Ley 1251 del 27 de noviembre 2008, título II artículo 8° parágrafo 2° y se crean las Defensorías para la Protección Integral del Adulto Mayor. [Defensorías para la Protección Integral del Adulto Mayor]”

Publicada Ponencia Primer Debate 21 Aug 2012.

No. Cámara 20/12 No. Senado –

“Por medio de la cual se adiciona un artículo a la Ley 1257 de 2008. [Prevención del maltrato a la mujer en el ámbito laboral]”

Publicada Ponencia Primer Debate 23 Jul 2012

19. ¿Ha sido el Estado de su país condenado alguna vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones al principio de no discriminación? Si fuera así ¿podría usted hacer un breve resumen del caso e indicar si hubo un debido cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de la Corte?

RESPUESTA:

Colombia ha sido condenada en varias oportunidades por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo por casos de desaparición forzosa y las masacres relativas a la violencia interna que soportamos.

Hasta el año pasado estábamos en la lista negra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras cosas por la penosa situación de la persecución sindical que ha ocurrido en nuestro país, situación que no se queda solo en acciones de discriminación, sino que nos afecta, como uno de los países donde más asesinatos de líderes sindicalistas ocurren en el mundo.

Podemos encontrar más de 11 condenas tal como prolijamente exponen los expertos, Luis Alfonso Fajardo Sánchez, Ph.D y Carolina Rodríguez Bejarano en su artículo “EL PERDÓN Y EL DUELO: CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SATISFACCIÓN ORDENADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE COLOMBIA”, sin embargo frente a temas relativos a violaciones al principio de no discriminación, no es mucho lo que se puede decir, tal vez porque éste asunto queda reducido bajo la sombra de la cruda realidad que nos rodea frente a la violencia que nos ha perjudicado.

Debemos recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuenta con una herramienta que se ha desarrollado en pro de la protección de los derechos humanos que se denomina “Visitas in loco” que permite que previa aprobación del gobierno del país visitado, se realicen visitas para levantar información y emitir recomendaciones, conforme al reglamento aprobado en la reunión 109 del 01 de mayo de 2.001.

El 07 de Diciembre de 2.012, la Comisión respectiva de la CIDH, presentó el informe in loco relativo a Colombia, en el que se pronunció expresamente así, frente a los asuntos propios de éste cuestionario:

“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) realizó una visita in loco a Colombia entre el 3 y el 7 de diciembre de 2012, en atención a una invitación del Estado, a fin de observar la situación de los derechos humanos en el país. La delegación estuvo integrada por el Presidente, José de Jesús Orozco Henríquez; la Primera Vicepresidenta, Tracy Robinson; el Segundo Vicepresidente, Felipe González; y los miembros Rosa María Ortiz y Rose Marie Antoine, así como el Secretario Ejecutivo, Emilio Álvarez Icaza L., la Secretaria Ejecutiva Adjunta, Elizabeth Abi-Mershed, y personal de la Secretaría Ejecutiva”.

“La invisibilidad de las personas afrodescendientes en la agenda oficial.-La Comisión nota con satisfacción que durante la visita, las autoridades estatales reconocieron a las personas afrodescendientes como un grupo en situación de vulnerabilidad e hicieron referencia a una serie de planes, programas y políticas públicas que incluirían un enfoque diferencial respecto de estas comunidades. Sin embargo, la Comisión observa con preocupación que, en base a la información recibida, estas políticas no habrían sido implementadas de manera significativa, y que la población afrodescendiente en Colombia todavía vive en una situación de extrema desigualdad e invisibilidad y repetidamente enfrenta violaciones a sus derechos fundamentales a la dignidad, propiedad, no discriminación, e incluso el derecho a la vida.”

“...La Comisión nota que si bien Colombia ha experimentado un sólido desarrollo económico en los últimos años, no ha habido una mejora concomitante en la vida de los afrodescendientes, quienes continúan siendo privados de iguales oportunidades en áreas tales como trabajo...”

“La discriminación contra personas LGBTI. -La CIDH recibió durante su visita información sobre la situación de los derechos humanos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersex (LGBTI) en Colombia.”

“...se informó sobre la existencia de leyes y de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que, en principio, permiten al Estado asegurar un comportamiento no discriminatorio por parte de las autoridades, pero que estas leyes y sentencias no están siendo cumplidas en forma consistente por las diferentes agencias públicas, en especial a nivel local...”

Como se puede ver, con el informe “in loco”, se demuestra que todavía tenemos mucho camino por recorrer.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (CIDH), en el marco de su Período de Sesiones 144, concretó recientemente (Mayo de 2012) una audiencia temática sobre “Discriminación contra las mujeres indígenas en las Américas”. Allí la CIDH recibió aportes de organizaciones que trabajan en la promoción y defensa de los derechos de las mujeres indígenas del continente.

El Consejo de Organizaciones Aborígenes de Jujuy (COAJ) estuvo presente junto a otras entidades como la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), Abogados y Abogadas para la Justicia y los Derechos Humanos, Clínica Internacional de Defensa de los Derechos Humanos de la Universidad de Québec (Montreal).

Durante la audiencia se abordaron casos de discriminación múltiple que afectan a las mujeres indígenas y las entidades que las representan aportaron nuevos enfoques para avanzar en el abordaje de estas problemáticas, desde una visión adecuada culturalmente que permita definir acciones positivas y políticas públicas que atiendan la especificidad de la realidad de las mujeres de los pueblos indígenas.

A MODO DE CONCLUSIONES:

Colombia es una nación “joven” que logró la independencia no hace más de doscientos años, por eso yo soy un convencido que tenemos infinitas oportunidades para hacer de nuestro país, una sociedad justa y desarrollada, afortunadamente contamos con una herencia de respeto a las instituciones, a la ley y a la democracia, que nos permite, siempre ver la luz al final del camino, no importan las vicisitudes y problemas muy graves que nos aquejan.

El avance en el desarrollo jurisdiccional ha sido prolijo, sobre todo a partir de nuestra reforma constitucional del 1991 y aunque todavía nos falta trabajar más por el logro de oportunidades para el empleo (hay que atacar la corrupción y el conflicto armado fratricida que nos ha desgastado) estamos llegando a metas positivas en pro de “disminuir” ese comportamiento humano, que ha existido desde el inicio en que el ser humano comenzó a vivir como un ser social, la desigualdad y discriminación, siempre han existido.

Discriminación, no siempre significa desigualdad, y desigualdad no siempre conlleva a la discriminación, es claro que existen innumerables ejemplos, no solo en Colombia, sino en el mundo, de personas que han “superado” barreras discriminatorias y han logrado por su tesón, disciplina y constancia, metas que jamás podrían haberse imaginado en otro tiempo o lugar.

Hoy podemos aseverar que el tema de la Discriminación en el Empleo, tiene enemigos fuertes para atacarlo, tales como la publicidad y comunicación en tiempo real a través de los medios masivos y redes sociales, en los que se apoyan los grupos que por circunstancias históricas han sido los más

débiles y que por fin se están organizando y que acompañados de las nuevas leyes que surgieron, precisamente por el desarrollo jurisdiccional y la acertada posición que nuestras Cortes han asumido sobre el particular, nos permiten concluir que tendremos avances significativos para vivir en esa sociedad más justa que todos anhelamos.

Es de vital importancia, que el Estado, las Empresas, los Sindicatos y las personas en general, comprendan que una sociedad desarrollada, se refleja por el desarrollo de la personalidad de quienes están involucrados en la interacción del trabajo y que precisamente por el manejo que se le dé a éste comportamiento humano, no solo prohibiéndolo y sancionándolo, si no creando escenarios para que las personas tengan más oportunidades de acceso a una educación competitiva e integral, se verá reflejado en el bienestar o no de las sociedades, que se traducirá en eficiencia o inoperancia de los entes productivos y por ende en el desarrollo económico y social del país.

Sergio Eduardo Puyana Paz

BIBLIOGRAFIA

Maritza Cruz Caicedo (2.012) El daño extrapatrimonial en el Acoso Laboral-Extensión del Daño como fuente de la responsabilidad civil del empleador-Bogotá Universidad Externado de Colombia.

Tomás I. González Pondal (2.010) Mobbing.-El acoso psicológico en el ámbito laboral. Buenos Aires- Editorial B de F Ltda.

Juan Manuel Charria Segura (2.011).-Reflexiones Constitucionales II.-Bogotá Editorial Grupo Editorial Ibañez Ltda.

Eduardo Pilonieta Pinilla (2.007) “Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano” Ponencia de Posesión en la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Luis Alfonso Fajardo Sánchez, Ph.D y Carolina Rodríguez Bejarano “El Perdón y el Duelo: Cumplimiento de las medidas de satisfacción ordenadas por La Corte Interamericana De Derechos Humanos respecto de Colombia”

Corte Interamericana de Derechos Humanos, informe in loco relativo a Colombia (2.012)

Sentencias y noticias sobre sentencias, mencionadas en el desarrollo del cuestionario.